



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-001-2018-00019-01
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: CARLOS ERNESTO AMAYA PENAGOS - OTROS
Apoderada: LUISA FERNANDA CRANE ZAMBRANO
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: CLAUDIA PATRICIA ACEVEDO VÁSQUEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Apoderada: NANCY STELLA CARDOSO ESPITIA
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 4 de marzo de 2021, por medio del cual se niega las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales, materiales y daño al buen nombre o fama comercial causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Carlos Ernesto Amaya Penagos, Oscar Hugo Nieto Laguna, Edwin Hernández Prada y Carlos Julio Moscoso Avendaño, los días 29 y 30 de junio de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño al buen nombre o fama comercial.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 Carlos Andrés Nieto Laguna es el Representante Legal de ESTUDIOS Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIONES CARLOS NIETO S.A.S, EDYCONST S.A.S., desde el 2 de abril de 2010, la cual tiene como objeto social las siguientes actividades: *“estudios geológicos y geotécnicos, estudios de impacto ambiental, estudios de riesgo sísmico, estudios hidráulicos e hidrológicos, estudios y cálculos estructurales, estudios y diseños de redes eléctricas de baja y alta tensión, estudios topográficos, diseños de canales, diques y represas, construcción y adecuación de vías, mantenimiento y mejoramiento de vías urbanas y rurales, pavimentación, suministro para construcción, construcción de aulas para colegios, construcción de unidades sanitarias, construcción de plantas de tratamiento, construcción de obras civiles y arquitectónicas, laboratorios de suelos, servicio de transporte, compra y venta de lotes y casa, prestación de servicios profesionales de asesoría, interventoría, consultoría y dirección técnica en el área de la*

ingeniería civil, gestión de proyectos, contratación, plomería, electricidad, montaje, maquinaria”.

2.2 Que la empresa Estudios, Diseños y Construcciones Carlos Nieto S.A.S., suscribió contrato individual de trabajo con: i) Oscar Hugo Nieto Laguna, en el cargo de auxiliar de laboratorio desde el 18 de enero de 2016 a término indefinido; ii) Carlos Ernesto Amaya Penagos, en el cargo de Auxiliar de laboratorio desde el 8 de junio de 2016 a término fijo de un año; iii) Edwin Hernández Prada, en el cargo de auxiliar de laboratorio desde el 9 de junio de 2016, a término fijo inferior a un año con, y iv) Carlos Julio Moscoso Avendaño, en el cargo de auxiliar de laboratorio desde el 4 de abril de 2016 a término fijo inferior a un año.

2.3 El 29 de junio de 2016, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Oscar Hugo Nieto Laguna, Edwin Hernandez Prada Y Carlos Julio Moscoso Avendaño, se encontraban tomando unas muestras del suelo para un estudio investigativo, en la quebrada Elemaya del Municipio del Guamo – Tolima, y siendo las 11:50 horas uniformados de la policía de carreteras, que patrullaban el tramo vial Saldaña – Espinal proceden a capturarlos, por el supuesto delito de Explotación Ilícita de Yacimiento Minero Y Otros Materiales, al haber sido sorprendidos supuestamente extrayendo material de arrastre de la mencionada quebrada.

2.4 Que el mismo día 29 de junio de 2016, los capturados fueron trasladados a las instalaciones de la estación de policía del Guamo para la judicialización, además de retener el vehículo de placas RBQ – 467 marca Ford, línea Ranger, modelo 2011, color rojo cobre, de servicio particular, de propiedad de Carlos Andrés Nieto Laguna.

2.5 El 30 de junio de 2016, la Fiscal Primera Seccional Guamo – Tolima, dictó resolución de archivo de las diligencias, pues, dicha denuncia demuestra que los hechos lesivos que se ponen en conocimiento, no contienen los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar una acción penal.

2.6 Que, debido a la captura de los aquí demandantes, fueron sometidos al escarnio público, violando su derecho a la presunción de inocencia al ser presentados como presuntos autores del delito de minería ilegal en las páginas del periódico Ecos De Combeima, edición del 01 de Julio de 2016.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN¹

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, porque no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió falla del servicio como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

¹ Ver páginas 174 al 1186 del cuaderno principal - expediente digital

Que está decantado por la jurisprudencia de la instancia de cierre de esta jurisdicción, que un requisito *sine qua non* para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, es la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General de la Nación, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a los demandantes por ausencia del daño, es decir, que no hay lugar a la reparación.

Que la entidad ajustó sus decisiones a los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios, pues, no hay prueba que ponga de presente actuación subjetiva caprichosa, arbitraria y violatoria en forma manifiesta del derecho a la defensa, por el contrario, a los capturados se les brindó todas las garantías procesales durante la instrucción que fue integral tanto en los hechos favorables como en los desfavorables a sus intereses.

Que entender que cada vez que un proceso penal es precluido por desistimiento de la parte demandante, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería tanto como aceptar que la Fiscalía General de la Nación no pudiera adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

Y propuso las excepciones de: Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva, Ausencia Del Daño Antijuridico E Imputabilidad Del Mismo A La Fiscalía General De La Nación e Inexistencia Del Nexo De Causalidad.

3.2 NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda por no evidenciarse falla del servicio por inexistencia del nexo causal.

Que se deben negar las pretensiones de la demanda, por falta de demostración de los perjuicios, por lo que se debe imponer a la parte actora la sanción equivalente al 5% del valor pretendido en la demanda; y en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, solicitó igualmente que si la cantidad que fue estimada por la parte actora dentro de las pretensiones de la demanda llegare a exceder el 50% de la que resultare probada, se condene entonces a la parte demandante a pagar a una suma equivalente al 10% de dicha diferencia, tal y como lo consagra el artículo 206 del Código General del Proceso; además solicitó que ante esta última hipótesis se reconozcan los perjuicios morales de acuerdo a la forma indicada en la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 4 de septiembre de 2014.

Que la captura de ciudadanos se puede dar por orden judicial o producto de la reacción de las autoridades policiales (o incluso de particulares) frente a la flagrancia real o aparente; por tanto, la Policía Nacional tendría que responder por el tiempo de detención transcurrido desde el momento de la captura hasta el primer pronunciamiento del juez o fiscal competente (dependiendo del sistema procesal penal vigente), y precisó que la captura administrativa solo debe ser soportada en casos de flagrancia real, esto es, en casos en los que efectivamente, el individuo sea sorprendido y detenido en el momento de la comisión del crimen.

Que la institución vela por la seguridad de los ciudadanos, por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, compromisos de orden constitucional, conforme al artículo 218 de la C. N, por lo tanto, su actuar se limita al cumplimiento de estas funciones de aprehender, tal como sucedió en el presente caso cuando el **29 de junio de**

2016, fueron capturados en flagrancia los demandantes, quienes aparentemente estaban comprometidos en la comisión de un delito, como lo es el de Explotación Ilícita de Yacimiento Minero Y Otros Materiales; motivo por el cual una vez capturados fueron puestos de forma inmediata a disposición de la autoridad competente, quien el 30 de junio de 2016, a través de su facultad ordenó su libertad.

Que no existe nexo causal entre el actuar policial ejecutado el 29 de junio de 2016 y el daño alegado, como elemento esencial para declarar la responsabilidad de la entidad; toda vez que su actividad se limitó a poner a disposición de la Fiscalía a los demandantes por encontrarse incurso probablemente en un actuar delictuoso, sin que se haya demostrado irregularidad alguna o error en el que pudo incurrir al adelantar el procedimiento policial.

Por tanto, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 4 de marzo de 2021, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no existen pruebas que demuestren que la captura en flagrancia realizada a los demandantes fuera injustificada, por el contrario, al momento de la captura los miembros de la Policía Nacional encontraron objetos que podrían llevar a concluir la posible comisión de una conducta punible, por lo que con esto optaron por ponerlos a disposición inmediata de la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

Indicó que los agentes del estado pertenecientes a las entidades demandadas actuaron bajo los parámetros legales, al haberse encontrado elementos suficientes para proceder con la captura de los demandantes, y una vez adelantado el procedimiento de actos urgentes por la Fiscalía General de la Nación, se determinó la antijuridicidad material por falta de elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para desvirtuar la presunción su inocencia, esto es, el informe técnico suscrito por la Corporación Autónoma del Tolima CORTOLIMA, quien sería la autoridad encargada de determinar la clase de material incautado y el grado de afectación a los recursos naturales, disponiéndose por ello la liberación de los aquí demandantes en procura de garantizar sus derechos fundamentales.

Y concluyó que no encontró razón alguna para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas frente al cargo de privación injusta de la libertad, toda vez que no se demostró que la captura a la que fueron sometidos los demandantes, hubiese sido injustificada y conllevara a un daño antijurídico reparable, ya que por el contrario, la Fiscalía General de la Nación ordenó la libertad inmediata cuando no habían transcurrido ni siquiera veinticuatro (24) horas desde la detención, y posteriormente se ordenó el archivo de la investigación, por no existir conducta típica.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Sostuvo en su apelación que, en el presente caso, se debe dar aplicación directa a la teoría de la responsabilidad objetiva, la cual opera cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta es atípica, y por aplicación del principio universal *in dubio pro reo*.

Que el término establecido por la ley para poner a disposición ante la autoridad competente a las personas capturadas es de hasta 36 horas, y en el presente asunto fue totalmente desproporcional, pues, como se dijo desde el inicio de la presente *litis*, la conducta desplegada por los aquí demandantes fue atípica, es decir, no se constituyó

como un delito, presunción que no se tuvo en cuenta por el cuerpo policial y que tuvo como resultado la privación de la libertad, que si bien no excedió de las 36 horas, si tuvo como resultado repercusiones no solo psicológicas, sino sociales y económicas, como se evidencio durante el debate probatorio, pues, de acuerdo a los informes psicológicos aportados los aquí demandantes, si sufrieron un daño el cual fue causado por la desproporcionalidad en la conducta realizada por los agentes policiales.

Que si bien la Policía Nacional tiene funciones de vigilancia y control, también lo es, que en el cumplimiento de esas funciones, esta misma, debe procurar que sus actuaciones se ajusten a la realidad y al caso en concreto, pues, en el relato de los hechos, se logró evidenciar que la actividad realizada por los demandantes para la fecha ni siquiera configuró una conducta punible consagrada en la Ley 599 de 2000, por lo que la actuación adelantada por la Policía Nacional fue desmedida a la realidad, hecho que dio lugar al daño, ya que los uniformados no tenían elementos suficientes para realizar una captura en flagrancia, en razón a que, como lo dijo la Fiscalía en su orden de archivo, el simple hecho de encontrar unos bultos de arena no constituyen un delito, ni tampoco permite inferir que en ese hecho se está cometiendo una conducta punible y menos cuando el agente de la institución castrense es capacitada para determinar cuando presuntamente se está frente a la comisión de un punible.

Que los funcionarios de la Policía Nacional tuvieron la opción de indagar sobre los hechos y verificar si se estaba frente a la comisión de un punible y no realizar arbitrariamente una captura en flagrancia en donde no había lugar a ello, y generar el daño que no solo fue en cuanto a su estabilidad psicológica, económica y social, sino que también por las anotaciones penales quedan registradas en el sistema SPOA las cuales quedan por un término establecido, hecho que se pudo evitar si los agentes de policía hubiesen realizado una actuación proporcional al hecho presentado.

Que existió falla en la responsabilidad que le asiste a la Policía Nacional en cuanto a la reserva o al manejo de la información, pues, como se evidenció durante el debate probatorio existe una fotografía que fue tomada por dicha institución en donde pone en evidencia la captura de los demandantes por la presunta comisión de un delito que si bien no se muestra su rostro, si se exhiben prendas de su empresa en donde se logró observar los logotipos de la misma, respecto a esto, es menester señalar que en la región la empresa de propiedad de uno de los demandantes cuenta con más de 11 años de fundada, lo que a la fecha de los hechos y a hoy es reconocida.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 27 de abril de 2021. Mediante auto del día 8 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación.

El recurso de apelación, se tramitó en segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la captura de Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño por el delito de Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, para luego ser dejados en libertad por parte de la Fiscalía General de la Nación, por considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones.

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que, a Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, efectivamente se les restringió su libertad en razón a la captura por el punible de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales, durante el 29 de junio de 2016 a las 11:40 horas al 30 de junio de 2016 a las 9:50 horas.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional² y del Consejo de Estado³, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados por agentes de la Policía mientras se encontraban realizando extracción de material en el río Lemaya ubicado entre la vía Saldaña – Espinal sector variante Guamo - Tolima, y se les incautó once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales.

Sin embargo, la Fiscalía emitió orden de libertad el día siguiente a la captura de los aquí demandantes, esto es, el 30 de junio de 2016, tras considerar que no se contaban con elementos materiales probatorios y evidencia física, que permitían desvirtuar la

² Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

Expediente: 73001-33-33-007-2016-00047-01
Demandante: Mauricio Cubillos - otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial.
Medio de control: Reparación Directa
Pág. Nro. 7

presunción de inocencia y ordenó el archivo de las diligencias porque no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal.

Conforme a lo anterior, este asunto se deberá analizar bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, contrario a lo indicado por el apelante; ya que según la jurisprudencia antes citada es posible aplicar el régimen objetivo en dos hipótesis i) el hecho no existió y ii) la conducta era objetivamente atípica, las cuales no se configuraron en el caso de la demandante.

Lo anterior, porque si bien la Fiscalía General de la Nación en la etapa de indagación preliminar ordenó el archivo de las diligencias por considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal, se insiste en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se podrá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, cuando las causales de libertad se originan en que i) el hecho no existió y ii) la **conducta era objetivamente atípica**⁴; sin embargo, en este asunto la causal de libertad no corresponde a esta última, ya que el fundamento de la decisión del fiscal fue que no se podía hablar de conducta punible, ante la falta de uno de los elementos que la integran como es el dolo el cual según lo indicado de manera expresa **“brilla por su ausencia, como ocurre específicamente en el caso que nos ocupa, en relación al tema de la culpabilidad”**.

Del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegaron las actuaciones desplegadas por las autoridades demandadas, en las que claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos – junio de 2016 -.

Así las cosas, se tiene que el 29 de junio de 2016, Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados por agentes de la Policía mientras se encontraban realizando extracción de material en el río Lemaya ubicado entre la vía Saldaña – Espinal sector variante Guamo - Tolima, y se les incautó once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación, quien el 30 de junio de 2016, es decir, al día siguiente ordenó la libertad y el archivo de las diligencias.

De las pruebas aportadas, se evidencia que el presente asunto gira en torno a una privación de la libertad que se desarrolló dentro de un proceso de judicialización por captura en flagrancia por parte de miembros de la Policía Nacional y en etapa de indagación preliminar donde la Fiscalía General de la Nación, procedió a ordenar la libertad y archivar las diligencias, sin que haya acudido al Juez de control de garantías para formular imputación y solicitar medida de aseguramiento.

Así las cosas, resulta evidente que la Policía Nacional, no incurrió en falla en el servicio, pues, como autoridad dispuso la captura de unos ciudadanos que se encontraban desarrollando una actividad que por sus características podía ajustarse inicialmente al tipo penal de Explotación ilícita yacimiento minero y otros materiales, y se cumplieron en

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

ese procedimiento con los parámetros establecidos en los artículos 302 y 303 de la Ley 906 de 2004, pues, se respetaron los derechos que tenían como capturados y fueron puestos a disposición de la Fiscalía.

Ahora, tampoco se evidencia falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues, ordenó la libertad de los demandantes al día siguiente en que fueron capturados y el archivo de las diligencias, tras considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal, siendo su facultad efectuar el análisis de las presuntas conductas delictivas para determinar si quienes son capturados deben ser presentados ante los jueces de control de garantías o en su defecto, dejarlos en libertad, esta última hipótesis fue la que se aplicó en este asunto; cabe advertir que la Fiscalía tenía el término de 36 horas para considerar llevarlos ante juez de control de garantías; sin que este plazo se haya superado, tanto así, que fueron dejados en libertad antes de las 24 horas desde el momento de su captura, por lo que se advierte que el ente investigador cumplió con lo establecido en la ley para resolver la situación jurídica de los actores de manera oportuna.

Entonces, tanto la Policía Nacional como la Fiscalía General de la Nación, tenían elementos materiales probatorios y evidencia física para que en principio se efectuara la captura ante las conductas desplegadas por los demandantes y para que dicho comportamiento fuera analizado por el ente acusador en aras de determinar si era dable o no presentarlos ante el juez de control de garantías, análisis que no superó en término que establece la ley para hacerlo o para considerar una prolongación injusta de la privación de la libertad, sin que haya acreditado la falla en el servicio de las demandada.

Por tanto, la detención a la que fueron sometidos los aquí demandantes estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando; sin que haya sido arbitraria.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁵, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

⁵ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) *el objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁶, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

4.2 De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la

⁶ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”⁷, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*”⁸. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal⁹.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹⁰, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no constituía hecho punible, o *iv)* por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹¹, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: *i)* el hecho no existió; *ii)* el sindicado no lo cometió y/o *iii)* la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹², en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la

⁷ Orejuela Pérez, Ervin Marino. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad*. En: *Justicia Juris*. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”.
(subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹³, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁴

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁵, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación del daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁶, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019¹⁷, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”*¹⁸; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁹, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²⁰, a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

¹⁸ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.”

Así mismo, planteó que el “daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²¹:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: ***se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.*** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

“(…) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- **Por cada día** adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV
Hasta 2 meses	Hasta 10 SMLMV
Hasta 3 meses	Hasta 15 SMLMV

Hasta 4 meses	Hasta 20 SMLMV
Hasta 5 meses	Hasta 25 SMLMV
Hasta 6 meses	Hasta 30 SMLMV
Hasta 7 meses	Hasta 35 SMLMV
Hasta 8 meses	Hasta 40 SMLMV
Hasta 9 meses	Hasta 45 SMLMV
Hasta 10 meses	Hasta 50 SMLMV
Hasta 11 meses	Hasta 55 SMLMV
Hasta 12 meses	Hasta 60 SMLMV
Hasta 13 meses	Hasta 65 SMLMV
Hasta 14 meses	Hasta 70 SMLMV
Hasta 15 meses	Hasta 75 SMLMV
Hasta 16 meses	Hasta 80 SMLMV
Hasta 17 meses	Hasta 85 SMLMV
Hasta 18 meses	Hasta 90 SMLMV
Hasta 19 meses	Hasta 95 SMLMV
20 meses o más	Hasta 100 SMLMV

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente**, el **cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²²

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²³.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁴.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago²⁵.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

²² F. 22, c. 2.

²³ Ibidem.

²⁴ Fls. 17, 18, c. 1.

²⁵ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

77.4.- En relación con los padres de Berenice Díaz Buitrago, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a 12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno. (...)²⁶

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.²⁷”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

5. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. el 29 de junio de 2016, Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados por agentes de la Policía mientras se encontraban realizando extracción de material en el río lemaya ubicado entre la vía Saldaña – Espinal sector variante Guamo – Tolima. la Fiscalía General de la Nación.	<p>Documental.- Informe Investigador de campo (Fotógrafo) del 29 de junio de 2016 suscrito por la Policía Nacional (Página 31-33 del cuaderno principal- Expediente digital)</p> <p>Documental.- Copia de libro de la Estación de Policía del Guamo- Tolima (Página 315 del cuaderno principal- Expediente digital)</p> <p>Documental.- Reporte de iniciación FPJ-1, del 29 de junio de 2016, suscrito por Policía Judicial (Página 222 del cuaderno principal- Expediente digital)</p> <p>Docuemntal.- Informe ejecutivo FPJ-13 del 29 de junio de 2016, suscrito por</p>

²⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

	<p>Policía Judicial (Páginas 12 al 17 del cuaderno principal – Expediente digital)</p> <p>Documental.- Acta de inspección del lugar FPJ-9 del 29 de junio de 2016 (Página 28-30)</p> <p>Documental.- Formato único de Noticia criminal (Páginas 79-82 del cuaderno principal – Expediente digital)</p>
<p>2. El 29 de junio de 2016, a los capturados se les incautó once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo.</p>	<p>Documental.- Actas de incautación de elementos suscrito por Patrullero de la Policía Nacional, (Fol. Páginas 218 al 221 del cuaderno principal – Expediente digital)</p>
<p>3. El 30 de junio de 2016, la Fiscalía ordenó la libertad y el archivo de las diligencias.</p>	<p>Documental.- Orden de libertad y de archivo de las diligencias (Páginas 62-67 y 70 cuaderno principal-expediente digital)</p>

6. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que la demanda sea declarada responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la captura de Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, por el presunto delito de Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no encontró razón alguna para declarar la responsabilidad de las entidades demandadas frente al cargo de privación injusta de la libertad, toda vez que no se demostró que la captura a la que fueron sometidos los demandantes, hubiese sido injustificada y conllevara a un daño antijurídico reparable, ya que por el contrario, la Fiscalía General de la Nación ordenó la libertad inmediata cuando no habían transcurrido ni siquiera veinticuatro (24) horas desde la detención, y posteriormente se ordenó el archivo de la investigación, por no existir conducta típica.

Inconforme con la decisión la parte demandante indicó que se debe dar aplicación directa a la teoría de la responsabilidad objetiva, la cual opera cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta es atípica, y por aplicación del principio universal *in dubio pro reo*; y que el término establecido por la ley para poner a disposición ante la autoridad competente a las personas capturadas es de hasta 36 horas, y en el presente asunto fue totalmente desproporcional, pues, la conducta desplegada por los aquí demandantes fue atípica, es decir, no se constituyó como un delito, presunción que no se tuvo en cuenta por el cuerpo policial y que tuvo como resultado la privación de la libertad,

que si bien no excedió de las 36 horas, si tuvo como resultado repercusiones no solo psicológicas, sino sociales y económicas, como se evidenció durante el debate probatorio.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

6.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que, a Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, efectivamente se les restringió su libertad en razón a la captura por el punible de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente de las actas de derecho de capturado del 29 de junio de 2016²⁸ y orden de libertad (casos de captura en flagrancia) del 30 de junio de 2016 emitida por la Fiscal Primera Seccional del Guamo – Tolima²⁹.

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, estuvieron privados de la libertad, daño que se presentó del 29 de junio de 2016 a las 11:40 horas al 30 de junio de 2016 a las 9:50 horas.

6.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁰ y del Consejo de Estado³¹, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que i) el hecho no existió y ii) la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque iii) no cometió el delito, iv) se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos

²⁸ Páginas 213 al 217 del cuaderno principal- expediente digital

²⁹ Páginas 62 al 67 del cuaderno principal- expediente digital

³⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados por agentes de la Policía mientras se encontraban realizando extracción de material en el río Lemaya ubicado entre la vía Saldaña – Espinal sector variante Guamo - Tolima, y se les incautó once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales.

Sin embargo, la Fiscalía emitió orden de libertad el día siguiente a la captura de los aquí demandantes, esto es, el 30 de junio de 2016, tras considerar que no se contaban con elementos materiales probatorios y evidencia física, que permitían desvirtuar la presunción de inocencia. De dicha decisión se logra extraer lo siguiente³²:

*“(...) Dentro de los actos urgentes esta delegada logra establecer que los mismos **Carecen** del informe técnico por parte de la corporación autónoma CORTOLIMA, quien sería la autoridad encargada de determinar la clase de material incautado y el grado de afectación a los recursos naturales por la ejecución de este tipo de conductas.*

La conducta desarrollada por los capturados constituye una infracción a la ley penal, denominada EXPLOTACION ILICITA DE YACIMIENTO MINERO, contemplado en el Art. 338 del c.p. (negrilla fuera de texto)

En consecuencia y como quiera que no se cuenta con el estudio correspondiente por parte de CORTOLIMA, en este instante procesal no es posible determinar si es un tipo de especie de materia de aquellas protegidas. Todo ello es claro para concluir que hasta este momento procesal no se cuenta con suficientes E.M.P. y E.F., que permitan desvirtuar la presunción de inocencia con que cuenta todo ciudadano y en aras de no incurrir en excesos, por no contarse con un estudio técnico que despeje duda, sobre la ilicitud de la extracción del material, o sí era necesario el permiso para tal actividad y si con dicha actividad se afectó los recursos naturales; concepto que aún no ha sido emitido por CORTOLIMA; así las cosas no se podrá tomar una decisión al respecto.

Así las cosas garantizando los derechos fundamentales de las personas capturadas y por las razones antes expuestas, procede esta delegada conceder la Libertad de los señores CARLOS ERNESTO AMAYA PENAGOS, JI-ION FREDY LOAIZA CASTAÑEDA, EDWIN HERNANDEZ PRADA, CARLOS JULIO MOSCOSO AVENDAÑO Y OSCAR HUGO NIETO LAGUNA, ejerciendo el primer control constitucional”

Y la Fiscalía ordenó el archivo de las diligencias, por considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal, así³³:

“(...) Como quiera que de la lectura pormenorizada de la noticia criminal que dio origen a la remisión del diligenciamiento a este Delegada, estima perfectamente viable y procedente dictar una resolución de archivo de diligencias, pues dicha

³² Páginas 62 al 67 del cuaderno principal – Expediente digital

³³ Página 75-78 cuaderno principal -expediente digital

*denuncia demuestra al efectuar la correspondiente adecuación típica, que los hechos lesivos que se ponen en conocimiento, **no contiene los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal (...)***

Para que se tipifique el delito de EXPLOTACION ILICITO DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES, (de que trata el artículo 338 del Código Penal), descrito en el libro Segundo, Título XI capítulo único, denominados genéricamente DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE, artículo 338 del Estatuto Represor que dice: (...)

Hay que resaltar que ante este comportamiento estamos ante una conducta meramente inocua, pues se trata, como se dice en el informe policivo de 11 fibras crin arena de río que por su poca cantidad, y por las herramientas artesanales, (Palas), utilizadas en la extracción no se está causando daños graves, o afectación a los recursos naturales, no está amenazada el ecosistema es decir que con la conducta cometida no se causa grave afectación a los recursos naturales y medio ambiente, que por su poca cantidad 11 fibras, no está causando afectación a áreas protegidas por el estado, o de reserva natural.

Entonces entraremos a analizar los resultados a que lleve el juicio de tipicidad que en el sub examine conducen a negar la congruencia típica, por cuanto se cae en el terreno de la atipicidad en virtud de que la conducta examinada no es subsumible en el tipo penal antes analizada.

*Consecuentemente con lo anterior, conviene precisar que para que una conducta sea considerada como punible, es menester que la misma sea típica, antijurídica y culpable, puesto que a veces de lo preceptuado en el artículo 9 del Estatuto Represor, la causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado, **y además, a falta de cualquiera de los elementos que integran la “figura tripartita” en comento, la misma automáticamente pierde su esencia y por consiguiente, desde el punto de vista no se podría por ningún motivo hablar de conducta punible, en virtud a que se encuentra resquebrajada, o lo que es lo mismo decir, uno de los elementos que la integran – “dolo”, brilla por su ausencia, como ocurre específicamente en el caso que nos ocupa, en relación al tema de la culpabilidad.***

(...)

Ahora si adicionamos que los presuntos infractores a la ley penal manifiestan que tiene permiso para ejercer esta actividad, aportando copias de unos documentos que para el caso en comento, no inciden para nada, en el resultado de esta indagación penal, pues es su deber allegar el permiso, o Licencia de la autoridad ambiental correspondiente para el caso en concreto, una autorización o licencia de "CORTOLIMA", es por ello que los infractores deberán ser sancionados pecuniariamente por la autoridad ambiental, en un proceso administrativo de responsabilidad ambiental, sancionar su comportamiento con . una sanción o multa, es decir sancionado por la autoridad administrativa, si así se amerita, mas no una conducta penal.

Si bien es cierto, que a la foliatura se allegaron medios de persuasión, en donde manifiesta que presuntamente se cometió un hecho punible, puesto que da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los mismos no son prueba suficiente para considera os culpables o responsables, ni siquiera para acreditar la existencia de la conducta punible. (...)" (negrilla y subraya fuera de texto)

Conforme a lo anterior, este asunto se deberá analizar bajo la óptica del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, contrario a lo indicado por el apelante; ya que según la jurisprudencia antes citada es posible aplicar el régimen objetivo en dos hipótesis i) el hecho no existió y ii) la conducta era objetivamente atípica, las cuales no se configuraron en el caso de la demandante.

Lo anterior, porque si bien la Fiscalía General de la Nación en la etapa de indagación preliminar ordenó el archivo de las diligencias por considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal, se insiste en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se podrá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, cuando las causales de libertad se originan en que i) el hecho no existió y ii) la **conducta era objetivamente atípica**³⁴; sin embargo, en este asunto la causal de libertad no corresponde a esta última, ya que el fundamento de la decisión del fiscal fue que no se podía hablar de conducta punible, ante la falta de uno de los elementos que la integran como es el dolo el cual según lo indicado de manera expresa **“brilla por su ausencia, como ocurre específicamente en el caso que nos ocupa, en relación al tema de la culpabilidad”**.

Al respecto, es importante recordar que el concepto de conducta punible se encuentra regulado en el artículo 9° de la Ley 599 de 2000, en el que se dispone: *“(…) Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”*, es decir, que uno de los elementos es la tipicidad la cual a su vez, se conforma por la tipicidad objetiva y subjetiva, entendiendo que la primera se refiere a que se deben de reunir las exigencias del respectivo tipo penal, en relación con el sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento (tipo objetivo), y la segunda, se refiere la manera en que se despliega la conducta, esto es, dolo, culpa o preterintención (tipo subjetivo)³⁵.

Analizando lo anterior, se puede inferir que la atipicidad objetiva se presenta cuando no se reúnen las exigencias del tipo penal, en relación al sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento y la atipicidad subjetiva, hace relación a la intencionalidad o manera en la que despliega su actuar el sujeto activo, es decir, existe un comportamiento, pero este no reúne las condiciones del dolo, la culpa o preterintención; por tanto, teniendo en cuenta que la Fiscalía indicó en la orden de archivo la ausencia del elemento subjetivo de dolo para la configuración de la conducta punible, en este asunto se entendería que se trató de una atipicidad subjetiva de la conducta, a la cual no se le podría aplicar régimen de responsabilidad objetiva, como lo pretende el apelante.

Del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegaron las actuaciones desplegadas por las autoridades demandadas, en las que claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos – junio de 2016 -.

Así las cosas, se tiene que el 29 de junio de 2016, Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados por agentes de la Policía mientras se encontraban realizando

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

³⁵ CSJ, Auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664.

extracción de material en el río Lemaya ubicado entre la vía Saldaña – Espinal sector variante Guamo - Tolima, y se les incautó once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de Explotación ilícita de yacimiento y otros materiales, por lo que fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación, quien el 30 de junio de 2016, es decir, al día siguiente ordenó la libertad y el archivo de las diligencias, lo anterior, conforme a los siguientes documentos:

- Actas de incautación de elementos suscrita por Patrullero de la Policía Nacional, en la que consta:³⁶

“(...) (11) bolsas de fibra “costales” que en su interior contiene (...)”.

“(...) (01) vehículo clase camioneta de placas RBQ-467, marca Ford, línea Ranger (...)”.

“(...) seis (06) pares de botas de caucho de diferentes marcas, color negro”.

- Informe Investigador de campo (Fotógrafo) del 29 de junio de 2016 suscrito por la Policía Nacional.³⁷

- Copia de libro de la Estación de Policía del Guamo- Tolima, en el que consta:³⁸

“(...) En la hora y fecha indicada, es dejado en las instalaciones policiales (...) los señores Carlos Ernesto Amaya Penagos (...), Oscar Hugo Nieto Laguna (...) Carlos Julio Moscoso Avendaño (...) Edwin Hernández Prada (...) quienes están en calidad de indiciados vinculados al proceso por delito de Explotación ilícita, de yacimiento minero y otros materiales, dejados a disposición de la Fiscalía 1 Seccional Guamo (...)”.

- Reporte de iniciación FPJ-1, del 29 de junio de 2016, suscrito por Policía Judicial, en el que se consignó.³⁹

“(...) EL DÍA 29 DE JUNIO DEL 2016, SIENDO 12:30 HORAS LA UNIDAD DE CONTROL Y SEGURIDAD DETRÁNSITO Y TRANSPORTE, AL MANDO DEL SEÑOR INTENDENTE ORTIZ EIELTRAN JHONY, QUIEN NOS INFORMAN QUE SIENDO LAS 11:50 HORAS HABÍAN CAPTURADO EN FLAGRANCIA A CINCO PERSONAS DE GÉNERO MASCULINO, PRO EL DELITO DE EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES, QUIENES FUERON SORPRENDIDOS EXTRAYENDO MATERIAL DE ARRASTRE DE LA QUEBRADA ELEMAYA, UNA VEZ QUE SOMOS ENTERADOS DE ESTA CONDUCTA DELICTIVA Y EL PROCEDIMIENTO REALIZADO POR LA PATRULLA DE TRÁNSITO, ESTOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL DE LA COMISIÓN GUAMO TOLIMA, PROCEDE A INFORMAR A LA FISCALÍA 01 SECCIONAL DEL GUAMO TOLIMA, QUIEN TAMBIÉN ASUME LA COORDINACIÓN DEL MISMO DÁNDOSE INICIO A LOS

³⁶ Páginas 218 al 221 del cuaderno principal – Expediente digital

³⁷ Página 31-33 del cuaderno principal- Expediente digital

³⁸ Página 315 del cuaderno principal- Expediente digital

³⁹ Página 222 del cuaderno principal- Expediente digital

ACTOS URGENTES COMO LO ESTIPULA EL ARTÍCULO 205 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.”

- Informe ejecutivo FPJ-13 del 29 de junio de 2016, suscrito por Policía Judicial, en el que consta⁴⁰:

*“(…) EL DÍA 29 DE JUNIO DEL 2016, SIENDO 12:30 HORAS LA UNIDAD DE CONTROL Y SEGURIDAD DETRANSITO Y TRANSPORTE, AL MANDO DEL SEÑOR INTENDENTE ORTIZ BELTRAN JHONY, QUIEN NOS INFORMAN QUE SIENDO LAS 11:50 HORAS HABÍAN CAPTURADO EN FLAGRANCIA A CINCO PERSONAS DE GÉNERO MASCULINO QUIENES CORRESPONDE A LOS NOMBRE DE CARLOS JULIO MOSCOSO AVENDAÑO IDENTIFICADO CON LA CEDULA No. 1005.959.038 DE FLANDES, EL SEÑOR CARLOS ERNESTO AMAYA PENAGOS IDENTIFICADO CON LA CEDULA NO. 1.122.8085, EL SEÑOR OSCAR HUGO NIETO LAGUNA IDENTIFICADO CON LA CEDULA NO. 11.224.219, EL SEÑOR JOHN FREDY LOAIZA CASTAÑEDA IDENTIFICADO CON LA CEDULA NO. 1.109.491.855 Y EL SEÑOR EDWIN HERNÁNDEZ PRADA IDENTIFICADO CON LA CEDULA NO. 1.070.616.458, POR EL DELITO DE **EXPLOTACIÓN** ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES, QUIENES FUERON SORPRENDIDOS EXTRAYENDO MATERIAL DE ARRASTRE DE LA QUEBRADA ELEMAYA, UNA VEZ QUE SOMOS ENTERADOS DE ESTA CONDUCTA DELICTIVA Y EL PROCEDIMIENTO REALIZADO POR LA PATRULLA DE TRÁNSITO, ESTOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL DE LA COMISIÓN GUAMO TOLIMA, PROCEDE A INFORMAR A LA FISCALÍA 01 SECCIONAL DEL GUAMO TOLIMA, QUIEN TAMBIÉN ASUME LA COORDINACIÓN DEL MISMO DÁNDOSE INICIO A LOS ACTOS URGENTES COMO LO ESTIPULA EL ARTICULO 205 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.(…)”*

- Informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ-5 del 29 de junio de 2016, en el que se transcribió:⁴¹

“(…) Siendo aproximadamente las 11:50 horas del día 29-06-2016, cuando se realizaban actividades de patrullajes por el tramo vial Saldaña-Espinal, en el km 1+800 mts. vía Castilla-Girardot, sector variante Guamo, se observó un vehículo clase camioneta de placas RBQ-467, marca FORD, línea RANGER, modelo 2011, color rojo cobre, servicio particular con número de motor WLAT1160284, con número de chasis 9FJFC84W8B0101232, de propiedad de Carlos Andrés Nieto Laguna, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.223.681, sin más datos, la cual se encontraba a un costado de la vía en la zona verde orillada a pocos metros de la quebrada LEMAYA; se procede a llegar al lugar, observando (05) personas, quienes al notar la presencia policial, se internan en la zona de vegetación de la quebrada; se procede abordar las personas en mención, solicitándoles un registro personal, quienes se identificaron así: (01) Carlos Ernesto Amaya Penagos, identificado con la cédula de Ciudadanía Nro. 11.228.087 de Girardot, de 33 años de edad, natural de Girardot, de ocupación auxiliar de laboratorio EDYCONST, estado civil unión libre, residente en la calle 35 Nro. 23-23, apartamento Nro. 102, barrio villa del sol-Girardot Cundinamarca, estudios técnicos, fecha de nacimiento 23-08-1983, con número telefónico 3125859323, quien manifestó ser el conductor de la camioneta; (02) Oscar Hugo Nieto Laguna, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 11.224.219 de Girardot, de 36 años de edad, natural de

⁴⁰ Páginas 12 al 17 del cuaderno principal – Expediente digital.

⁴¹ Páginas 209 al 212 del cuaderno principal – Expediente digital

Girardot, de ocupación empleado laboratorio EDYCONST, estado civil unión libre, residente en la manzana 10 casa 16 Nro. 102 barrio Vivisol-Girardot Cundinamarca, estudios bachiller, fecha de nacimiento 23-08-1983, con número telefónico 3218852425; (03) Carlos Julio Moscoso Avendaño, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.005.955.038 de Flandes Tolima, de 20 años de edad, natural de Flandes-Tolima, de ocupación auxiliar de laboratorio EDYCONST, estado civil soltero, residente en la manzana 12 casa 8 barrio Altos del Peñón Girardot Cundinamarca, estudios universitarios, fecha de nacimiento 06-02-1996, con número telefónico 3204063910; (04) Edwin Hernández Prada, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.070.616.458 de Girardot, de 20 años de edad, natural de Girardot Cundinamarca, de ocupación auxiliar de laboratorio EDYCONST, estado civil soltero, residente en la calle 1 9B-06 barrio la CEIBA Flandes Tolima, estudios técnicos, fecha de nacimiento 18-07-1995, con número telefónico 3006568069; (05) Jhon Fredy Loaiza Castañeda, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.109.491.855 de Saldaña-Tolima, de 27 años de edad, natural de Saldaña-Tolima, de ocupación oficios varios, estado civil unión libre, residente en la invasión el Palmar del barrio el Carmen del Guamo-Tolima, estudios primarios, fecha de nacimiento 15-07-1987, con número telefónico 3144153606, sin más datos; se procede a verificar el platón de la camioneta en mención, hallando (11) fibras color blancas, las cuales en su interior contienen arena, (02) palas con sus cabos de madera y (06) pares de botas de caucho de diferentes tallas y marcas; por lo anterior, se solicita a los antes mencionados, el permiso para la explotación de este recurso material, quienes manifestaron no tenerlo; por este motivo, se procede a notificar y hacerle entender los derechos del capturado; luego se realizó desplazamiento hasta las instalaciones de la estación de Policía Guamo”

- Acta de inspección del lugar FPJ-9 del 29 de junio de 2016:⁴²

“(…) Se halla un lugar boscoso, a bordo de carretera, se encuentra una laguna cerca al kilómetro 1 más 800 metros, quebrada LEMAYA, ubicada en el kilómetro 1, en coordenadas aproximadas 4°1’34’’-74°51’5’’; se inspecciona el lugar observado un camino, el cual conduce a una quebrada conocida por el nombre LEMAYA, al lado derecho de la vía que conduce del Guamo a Saldaña; se observó rastros de pisadas en el lugar señalado por la unidades de policía de carreteras que conocieron el hecho; así mismo, se observan rastros de arena por el camino antes mencionado. Se da por terminada la diligencia siendo las 14:55 horas”.

- Entrevista FPJ-14 del 29 de junio de 2016, en la que se consignó lo siguiente:⁴³

“(…) PREGUNTADO: manifieste si anteriormente ya había recogido muestras de dicho lugar. CONTESTADO: no señor. PREGUNTADO: Manifieste al despachó si 'usted tenía conocimiento de que recolectar esas muestras sin ningún permiso era un delito. CONTESTADO: no señor. PREGUNTADO: manifieste al despacho cual es la cantidad necesaria de recebo, mixto o arena que se necesita para lograr realizar el estudio. CONTESTADO: aproximadamente 15 kilogramos. PREGUNTADO: manifieste al despacho hace cuánto tiempo funciona la empresa

⁴² Página 28-30)

⁴³ Página 253-254 del cuaderno principal – Expediente digital

de estudios, diseños y construcciones CARLOS NIETO SAS. CONTESTADO: hace aproximadamente 5 años que se creó, pero hace 3 años que lleva en funcionamiento. PREGUNTADO: manifieste al despacho si las personas capturadas cuentan con un contrato. CONTESTADO: si señor todos cuentan con contrato. PREGUNTADO: manifieste al despacho si esta toma de muestras se constantemente. CONTESTADO: es solo para temas de estudio no tiene nada que ver con la empresa. PREGUNTADO: manifieste al despacho cual fue exactamente el material que usted les dijo que recogieran. CONTESTADO: material de arena solo superficial PREGUNTADO manifieste al despacho que documentos desea aportar referentes a lograr establecer que estas personas trabajan con una empresa. CONTESTADO: certificado de cámara de comercio, Rut, planilla de aporte y los contratos de estas personas”.

- Oficio No. 434 del 30 de junio de 2016, suscrito por la Fiscal PRIMERA Seccional, en el ordena la entrega definitiva de la camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011, de placas RBQ-467, color rojo cobre, de servicio particular.⁴⁴
- Formato único de Noticia criminal, en que se indicó.⁴⁵

“(...) El día de ayer 29 de Junio de 2016 siendo las 11:50 horas cuando uniformados de la Policía de Carreteras realizaban labores de patrullaje por el tramo vial Saldaña & 118211; Espinal sector variante Guamo, observan un vehículo clase camioneta de placas R90467, la cual se encontraba a un lado de la vía en la zona verde a pocos metros de la quebrada Lemaya, procediendo a abordar el grupo de personas que se encontraban allí, y se identificaron como CARLOS ERNESTO AMAYA PENAGOS, JHON FREDY LOAIZA CASTAÑEDA, EDWIN HERNANDEZ PRADA, CARLOS JULIO MOSCOSO AVENDAÑO Y OSCAR HUGO NIETO LAGUNA. Seguidamente verifican el interior del pistón de la camioneta hallando once (11) fibras color blanca que contienen arena, al igual que dos (2) palas, y seis (6) pares de botas de caucho. Al preguntársela a dichas personas por el respectivo permiso, estos manifiestan no tenerlo. De esta forma proceden a dar captura a los señores CARLOS ERNESTO AMAYA PENAGOS, JHON FREDY LOAIZA CASTAÑEDA, EDWIN HERNANDEZ PRADA, CARLOS JULIO MOSCOSO AVENDAÑO Y OSCAR HUGO NIETO LAGUNA, se procedió a leerles, explicarles y materializarles a las cinco personas, los respectivos Derechos que les asisten como personas capturadas. Se trasladan a los indiciados a las instalaciones de la estación de policía Guamo para adelantar las diligencias de judicialización para dejar a disposición de la autoridad competente.”

Por tanto, al momento de la captura se tuvieron como elementos materiales probatorios y evidencia física los documentos antes enunciados.

Conforme a lo anterior, se evidencia que el presente asunto gira en torno a una privación de la libertad que se desarrolló dentro de un proceso de judicialización por captura en flagrancia por parte de miembros de la Policía Nacional y en etapa de indagación preliminar donde la Fiscalía General de la Nación, procedió a ordenar la libertad y archivar las diligencias, sin que haya acudido al Juez de control de garantías para formular imputación y solicitar medida de aseguramiento.

La Ley 906 de 2004, regula el proceso de captura en flagrancia, así:

⁴⁴ Página 70 del cuaderno principal – Expediente digital

⁴⁵ Páginas 79-82 del cuaderno principal – Expediente digital

*“(…) **ARTÍCULO 301. FLAGRANCIA.** <Artículo modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Se entiende que hay flagrancia cuando:*

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.*
- 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.*
- 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después.*

La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

- 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.*

PARÁGRAFO. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

ARTÍCULO 302. PROCEDIMIENTO EN CASO DE FLAGRANCIA. <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible> Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación. (negrilla fuera de texto)

Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía. Esta identificará al aprehendido, recibirá un informe detallado de las circunstancias en que se produjo la captura, y pondrá al capturado dentro del mismo plazo a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá si la captura fuere ilegal.

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para

que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público.

<Inciso adicionado por el artículo 6 de la Ley 2111 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la captura en flagrancia se produzca en ríos o tierra donde el arribo a la cabecera municipal más cercana solo puede surtirse por vía fluvial o siempre que concurren dificultades objetivas de acceso al territorio como obstáculos geográficos, logísticos, ausencia de infraestructura de transporte o fenómenos meteorológicos que dificulten seriamente el traslado del aprehendido, se realizarán todas las actividades para lograr la comparecencia del capturado ante el juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin que en ningún caso exceda las 36 horas siguientes, contadas a partir del momento de la llegada al puerto o municipio más cercano, según el caso. La autoridad competente deberá acreditar los eventos descritos en el presente inciso.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo adicionado por el artículo 22 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los casos de captura, la policía judicial inmediatamente procederá a la plena identificación y registro del aprehendido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128 de este código, con el propósito de constatar capturas anteriores, procesos en curso y antecedentes.*

ARTÍCULO 303. DERECHOS DEL CAPTURADO. *Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:*

- 1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.*
- 2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.*
- 3. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
- 4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa. (...)"*

En este caso, se encuentra acreditado que Oscar Hugo Nieto Laguna, Carlos Ernesto Amaya Penagos, Edwin Hernández Prada, y Carlos Julio Moscoso Avendaño, fueron capturados en flagrancia por miembros de la Policía Nacional, el día 29 de junio de 2016 a las 11:50 horas, al encontrarlos extrayendo material del río, tanto así que les fueron incautadas once bolsas de fibra que en su interior tenían arena, 2 palas metálicas con sus cabos de madera y un vehículo clase camioneta marca Ford, línea Ranger, modelo 2011 de placas RBQ-467, color rojo, conducta que para ese momento podía constituir la conducta punible de Explotación Ilícita De Yacimiento Minero Y Otros Materiales, tanto así que en la orden de archivo de las diligencias no desconoce la ocurrencia de los hechos, sino que establece que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal.

El Consejo de Estado, ha indicado frente a la limitación de la libertad de los ciudadanos, lo siguiente:⁴⁶

“(...) Si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge, en principio, para el Estado, el deber jurídico de repararlo.”

Así las cosas, resulta evidente que la Policía Nacional, no incurrió en falla en el servicio, pues, como autoridad dispuso la captura de unos ciudadanos que se encontraban desarrollando una actividad que por sus características podía ajustarse inicialmente al tipo penal de Explotación ilícitas yacimiento minero y otros materiales, y se cumplieron en ese procedimiento con los parámetros establecidos en los artículos 302 y 303 de la Ley 906 de 2004, pues, se respetaron los derechos que tenían como capturados y fueron puestos a disposición de la Fiscalía.

Ahora, tampoco se evidencia falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues, ordenó la libertad de los demandantes al día siguiente en que fueron capturados y el archivo de las diligencias, tras considerar que no se reunían los mínimos ingredientes subjetivos para iniciar la acción penal, siendo su facultad efectuar el análisis de las presuntas conductas delictivas para determinar si quienes son capturados deben ser presentados ante los jueces de control de garantías o en su defecto, dejarlos en libertad, esta última hipótesis fue la que se aplicó en este asunto; cabe advertir que la Fiscalía tenía el término de 36 horas para considerar llevarlos ante juez de control de garantías; sin que este plazo se haya superado, tanto así, que fueron dejados en libertad antes de las 24 horas desde el momento de su captura, por lo que se advierte que el ente investigador cumplió con lo establecido en la ley para resolver la situación jurídica de los actores de manera oportuna.

Entonces, tanto la Policía Nacional como la Fiscalía General de la Nación, tenían elementos materiales probatorios y evidencia física para que en principio se efectuara la captura ante las conductas desplegadas por los demandantes y para que dicho comportamiento fuera analizado por el ente acusador en aras de determinar si era dable o no presentarlos ante el juez de control de garantías, análisis que no superó en término que establece la ley para hacerlo o para considerar una prolongación injusta de la privación de la libertad, sin que haya acreditado la falla en el servicio de las demandada.

Por tanto, la detención a la que fueron sometidos los aquí demandantes estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando; sin que haya sido arbitraria.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la detención a la que

⁴⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A; Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez, Bogotá, D.C., Nueve (09) De Abril De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 25000-23-36-000-2014-00793-01(60327)

fueron sometidos en su momento los aquí demandantes, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido.

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁴⁷, y al no probarse la falla del servicio respecto de la detención sufrida por los demandantes, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al momento de efectuar la detención que aquí fue objeto de estudio.

De acuerdo a ello, para la Sala, es indiscutible que las demandadas contaron con los medios de pruebas suficientes para en principio efectuar la detención de los demandantes, la cual no se prolongó en el tiempo ni superó el límite temporal establecido en la ley, para efectuar las actuaciones necesarias en aras de determinar si los capturados podían ser presentados o no ante el juez de control de garantías, siendo legítima, razonada y proporcional.

Por último, la apelante alegó el daño por falla del servicio por la reserva o el manejo de la información que debe tener la Policía Nacional, pues, indicó que existe una fotografía que fue tomada por dicha institución en donde pone en evidencia la captura de los demandantes por la presunta comisión de un delito que, si bien no se muestra su rostro, si se exhiben prendas de su empresa se logró observar los logotipos de la misma.

Al respecto, se debe indicar que le asiste razón al *a quo* al negar el reconocimiento del daño por la publicación de una fotografía en medios de comunicación, pues, no se evidencia que el caso estuviere sujeto de reserva alguna, y por otro lado en la imagen publicada no se identificaron a las personas que en ella aparecen, o la empresa en la que prestan sus servicios, ni quien suministró dicha fotografía al medio de comunicación; sin que esta prueba sea suficiente para acreditar el daño al buen nombre o algún otro perjuicio o algún incumplimiento por parte de la Policía Nacional de sus deberes legales.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que los demandantes padecieron un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que fue imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la efectuar la captura, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

7. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán como lo estableció el *a quo*, y por tanto, se confirmará la sentencia del 4 de marzo de 2021

⁴⁷ “19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

Expediente: 73001-33-33-007-2016-00047-01
Demandante: Mauricio Cubillos - otros
Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial.
Medio de control: Reparación Directa
Pág. Nro. 34

proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

9. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2213 de 2022.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho.

TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
(Ausente con incapacidad)



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA